

UNA REVOLUCIÓN JURÍDICA EN MARCHA: LA ACCIÓN DE AMPARO EN DEFENSA DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y DEL INTERÉS PÚBLICO. UN REPLANTEO EN TORNO A LA LEGITIMACIÓN DE LOS CIUDADANOS Y UNA REFLEXIÓN SOBRE LA NOCIÓN DE AFECTACIÓN Y PERJUICIO

BELTRÁN GAMBIER

Vicepresidente de Scevola (Asociación por la Calidad y la Ética en la Abogacía);
Miembro fundador e integrante de la Junta Directiva de Transparencia Internacional España.

SUMARIO: I. El rol del ciudadano y del abogado en las democracias modernas. II. La legitimación concebida a partir del ciudadano. Reformulación de la noción de afectado. El “interés público cualificado” y la legitimación para iniciar una acción de amparo. II.1. El enfoque propuesto. II.2. ¿Nos “afecta” la violación al principio de legalidad? II.3 El interés público y su posible cualificación. II.4. Trascendencia de la noción “interés público cualificado”: no se pretende desvincular la ilegalidad del perjuicio. II.5 La propuesta en la práctica. II.6. Análisis de los posibles óbices a esta postura. III. Conclusiones *.

Los abogados de España tenemos un cliente común al que podemos atender pro bono: la Sociedad Civil. En homenaje a Reynaldo Peters, quien hace 30 años supo defender sus derechos con coraje, convicción y creatividad desde la celda llamada “Tropezón”. Su ejemplo nos hace mantener la confianza en la acción cívica y en la justicia.

I. EL ROL DEL CIUDADANO Y DEL ABOGADO EN LAS DEMOCRACIAS MODERNAS

Los ciudadanos no pueden limitarse a votar en la democracia de hoy, y los abogados no pueden limitarse a atender sus clientes si creen en el rol social de la Abogacía.

El ciudadano no es consciente de su poder reaccional como protagonista del Estado de Derecho y del sistema democrático. No es un mero observador. Por otra parte, muchos abogados no son lo suficientemente activos en el ejercicio de

* El presente trabajo, con modificaciones menores de neto orden editorial, ha sido publicado en AA. VV., Homenaje al Habeas Corpus en Papel Higiénico Monumento Jurídico. Reynaldo Peters Arzabe, 2013, ps. 1205-1226.

su rol social que va más allá de la defensa de sus clientes. El abogado debe tener un mayor activismo cívico en lo se refiere al control de la administración y del gobierno.

Sin embargo, pese a lo antedicho, no estamos tan mal. Se observa hoy un fenómeno que se va desarrollando poco a poco en muchos países: un nuevo y más activo rol de los ciudadanos en la vida pública que excede la actividad meramente partidaria y se centra en temas tales como la transparencia de la actividad de administración y gobierno, el control del funcionamiento de la justicia¹, de la educación, de la seguridad y de los servicios públicos².

Es necesario que los ciudadanos ejerzan su poder reaccional frente a unos gobernantes que violan –unas veces por acción, otras por omisión– el principio de legalidad o dictan medidas contrarias al interés público³. Si tomamos la materia urbanística, por ejemplo, basta recorrer cualquier ciudad del mundo para darse cuenta, al mirar ciertos edificios, de la falta de escrúpulos de quienes autorizaron su construcción y la demolición de los preexistentes.

Pero el ciudadano no puede actuar en defensa del interés público sin un marco jurídico e institucional donde su actuación resulte facilitada. Es mucho lo que falta hacer en este sentido y creo que a los abogados, por su formación, les cabe desempeñar un rol social cuya definición aún no se ha producido⁴. En este

1 La Fundación Poder Ciudadano cumple una interesante labor en esta materia. Así lo puse de manifiesto en “El poder de los ciudadanos”, publicado en La Correspondencia, papeles de nuestro tiempo, Nº 7, Primer Semestre de 2001, Madrid, p. 90 y ss.

2 Las asociaciones de consumidores han adquirido un rol muy activo en esta materia.

3 GAMBIER, BELTRÁN, “Civismo y Amparo. Derecho de los ciudadanos a la vigencia del principio de legalidad”, La Ley, *Suplemento de Jurisprudencia de Derecho Administrativo* del 3 de abril de 2000, señalaba en esa oportunidad que “es realmente reconfortante ver que aumenta el número de ciudadanos que se animan a luchar contra el poder arriesgando, en algunos casos, la tranquilidad que genera la indiferencia y pasividad frente a las arbitrariedades de ciertos gobernantes. Es que creo que no puede descansarse en la actividad de los organismos de control y los defensores del pueblo. Hace falta algo más. Es preciso que en nuestra sociedad se desarrolle un nuevo espíritu cívico para que los gobernantes perciban claramente que están siendo controlados por los administrados. Pero de nada serviría un nuevo fervor cívico si los jueces fueran renuentes a superar una jurisprudencia restrictiva en materia de legitimación”. También de mi autoría, pero de carácter periodístico: “Las asociaciones y fundaciones como herramientas de la sociedad civil” y “El poder de los ciudadanos” publicados en Madrid por la revista *La Correspondencia, papeles de nuestro tiempo*, editada por la Fundación Salvador de Madariaga, el primero en el Nº 5, primer semestre de 2000, p. 109 y ss., y el segundo en el Nº 7, primer semestre de 2001, p. 90 y ss.

4 GAMBIER, BELTRÁN, “El nuevo rol del abogado en la sociedad”, en la obra colectiva “Justicia para todos. Políticas de consenso para la recuperación de la Justicia argentina”, Fundación Novum Millenium. TEODORO KRECKLER y FRANCO CAVIGLIA (compiladores), Ariel, Buenos Aires, 2000, p. 50 y ss. Creo que cuando se habla de mejorar el sistema judicial de un país para que la justicia deje de ser una utopía se olvida algo que me parece importante destacar: el rol de los abogados. Sostengo en el artículo citado que: “El abogado, por su formación, está en inmejorables condiciones

sentido, y a modo de propuesta, creo oportuno y necesario que los colegios de abogados abran registros y fomenten la incorporación a ellos de aquellos letrados que deseen atender *pro bono* este tipo de casos. Así lo hizo el Colegio Público de Abogados de la Capital Federal (Argentina) en una decisión sin precedentes en las abogacías de Argentina y España⁵. España está siguiendo esa misma senda a partir del Congreso General de la Abogacía de Salamanca del año 2003⁶ y de los recientes acuerdos que tanto el Colegio de Abogados de Madrid⁷ como el Consejo General de la Abogacía Española han firmado con Transparencia Internacional España⁸.

La doctrina administrativista no es conteste en aceptar las posturas que tienden a reconocer mayor legitimación a los ciudadanos. AGUSTÍN GORDILLO es

para contribuir en la tarea de mejorar la transparencia de la tarea de administración y gobierno. A diferencia del ciudadano común, éste conoce muy bien la Constitución Nacional y las posibilidades de interponer recursos y acciones, de peticionar a las autoridades y de solicitar información a las autoridades sobre los asuntos públicos. El abogado de hoy debe trascender a su misión esencial que es defender y asesorar a su cliente. El perfil que propugno tiene que ver con un profesional preocupado por los problemas vinculados con el interés público y que esté dispuesto a cuestionar las situaciones disvaliosas que se ven en el cotidiano de manejo del poder”. Los abogados están en las mejores condiciones para promover la defensa del interés público. En este mismo sentido, publiqué el artículo titulado “El interés público busca abogado”, en Nova Traditio, Revista Trimestral de la Confederación de Abogados Jóvenes del Estado Español, N° 3, Madrid, año 2002, p. 8.

5 Ver decisiones del Consejo Directivo del Colegio Público de la Capital Federal (Argentina) de fechas 11 de marzo de 1999 y 8 de julio de 1999.

6 El Consejo General de Abogacía Española en su “VIII Congreso de la Abogacía Española”, que tuvo lugar en Salamanca en el año 2003, recomendó, acogiendo una ponencia por mi presentada, la creación de registros de abogados que desearan trabajar *pro bono*, en causas vinculadas con el interés público a favor de los ciudadanos que solicitaren ese tipo de asistencia.

7 El acuerdo entre Transparencia Internacional España y el Colegio de Abogados del Estado fue firmado el 13 de julio del 2010. El Convenio tiene por objeto establecer un marco de colaboración para el fomento de la abogacía *pro bono*, mediante la creación de un registro de abogados que deseen trabajar *pro bono*, en causas de interés público y en defensa del principio de legalidad, en concreto, en aquellos casos que se presenten vinculados al derecho a la información relativa a los poderes del Estado.

8 El convenio entre Transparencia Internacional España y el Consejo General de la Abogacía Española fue firmado el 27 de junio de 2011. El mismo tiene por objeto el fomento de la abogacía *pro bono*, mediante la creación de un registro nacional de abogados que deseen trabajar *pro bono*, en causas de interés público y en defensa del principio de legalidad, en concreto, en aquellos casos que se presenten vinculados al derecho a la información relativa a los poderes del Estado.

quien se destaca por admitirla⁹ cuando trata, entre otros, casos jurisprudenciales que yo mismo promoví como ciudadano¹⁰.

Hay cierta resistencia por parte de quienes creen que los tribunales pueden saturarse de causas y quienes, en la misma línea, sostienen que esta tendencia puede contribuir a complicar la tarea de administración¹¹ y gobierno mediante

9 AGUSTÍN GORDILLO, quien en el capítulo III dedicado a “El derecho subjetivo en el derecho de incidencia colectiva”, de la última edición del Tomo II de su “Tratado de Derecho Administrativo”, trata “El caso del ciudadano Gambier. El derecho a la vigencia del principio de legalidad. Otros derechos colectivos”. Dice que “Gambier 1” (Teatro Odeón) y “Gambier 2” sean quizás los casos de mayor impacto teórico en esta materia. Gordillo analiza los casos y pone de relieve el manifiesto desinterés personal del actor y la frontalidad de los planteos destinados a “forzar un avance jurisdiccional, a que el derecho diera un paso más”. Añade que estamos ante una “silenciosa revolución”. La sentencia del caso “Gambier 1” es del Juez MARTÍN SILVA CARRETÓN y fue dictada el 24 de abril de 1998. Entre sus considerandos, en los que se destruye la argumentación de que la desregulación económica nada tiene que ver con una restricción vinculada con la preservación de espacios culturales, se puede destacar: “... no comparto en absoluto la interpretación que realiza la accionada, con relación a los alcances de la normas en juego, ni que pueda incluirse en una norma de alcances generales desregulatorios y normalizadores de la competitividad comercial el tema en examen”. Agrega más adelante “... no se adivina que pueda tener que ver la cultura difundida a través de unas pocas sala teatrales, con la competitividad comercial de cualquier tipo de fuero o, en que forma tan decisiva pueda causar perjuicio, más allá de la restricción al dominio para el propietario mismo, lo que ya es un tema diverso y que, como vimos, fuera clara y contundentemente sustentado por el legislador en su momento”; esta sentencia está recogida por la Procuración del Tesoro de la Nación, ver: Dictámenes 231-342). El caso “Gambier 2” (spot publicitario Menem lo hizo, “Gambier, Beltrán c/ EN (PEN) s/ Amparo Ley N° 16.986” fue fallado el 19/08/1999 por la Jueza Nacional de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal a cargo del Juzgado N° 9, Dra. EMILIA MARTHA GARCÍA quien accedió a la medida cautelar que solicité. Para acceder a ella consideró que “la campaña publicitaria en cuestión aparece orientada a demostrar los logros de una actividad cumplida por el Poder Ejecutivo Nacional. Así, y más allá de que se trate sobre hechos u obras que pudieron ser pretendidos por una mayoría de intereses individuales, la difusión aparece ligada a hechos del pasado lo que, *prima facie*, parece no responder a una campaña ligada al interés general. Ello así, pues en principio este interés siempre tiene que estar dedicado a un contenido concreto o actual, referido a la realidad y las exigencias de un hoy, sentidas por todos los individuos que componen la sociedad; por ejemplo, su educación, su seguridad, su salud, sus servicios públicos, etc.”).

10 Para poder sugerir comportamientos hay que comenzar por llevarlos a cabo uno mismo.

11 Muy buena y sugerente es la expresión de TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ “juzgar a la Administración contribuye a administrar mejor” en su trabajo de título casi idéntico “Juzgar a la Administración contribuye también a administrar mejor” publicado en el Tomo II del *Libro de Homenaje a Jesús González Pérez* “La protección jurídica del ciudadano” (Procedimiento administrativo y garantía jurisdiccional), p. 1093 y ss., especialmente p. 1109, donde añade que “juzgar a la Administración es, ciertamente, una garantía del Estado de Derecho, que sin ella no podrá siquiera merecer tal nombre...”.

el indiscriminado ejercicio de acciones de “dudoso” –para los que así piensan– sustento jurídico.

La vigencia del principio de legalidad, que supone para la Administración el sometimiento incondicional al ordenamiento jurídico¹², no es controvertida por nadie. Sin embargo, a la hora de hacer efectivo este principio y en lo que se refiere al control judicial de la actividad administrativa, se tiende a excluir al ciudadano que no participa directamente en una relación jurídica concreta. Como veremos seguidamente, esta exclusión tiene sentido, todavía, en algunos supuestos y deja de tenerlo, a mi modo de ver, en otros.

Existe una tendencia a considerar que los supuestos que no encuadran en la concepción tradicional de la legitimación habilitante para promover una típica acción contencioso administrativa o un amparo nos colocan frente a una “acción popular”. Sin embargo, a partir de una reformulación de la noción de “afectado”¹³ puede avizorarse un nuevo espacio para la protección jurisdiccional de ciertas situaciones jurídicas sin que supongan la protección del llamado “interés simple”.

Pero esta reformulación no supone transitar de un sistema de justicia subjetiva a uno de justicia objetiva¹⁴. Intentaré una aproximación desde la perspectiva

12 Cfr. GEORGES VEDEL, “Derecho Administrativo”, Aguilar, Madrid, 1980, quien expresa: “el principio de legalidad aplicado a la administración, pues, la regla según la cual la Administración debe conforme al Derecho” (p. 219). Este autor conecta, concretamente, la legalidad con el interés público en estos términos: “Por último, se señalará cómo la legalidad impone a la Administración no solo ciertas reglas exteriores de conducta, sino también una especie de norma psicológica: la obligación de tener a la vista, en su acción, el interés público” (p. 220). Dice también que “la búsqueda de un fin de interés público es la condición positiva de la legalidad de la acción administrativa” (p. 259).

13 JUAN CARLOS CASSAGNE, en la “Legitimación en el proceso de amparo argentino”, en *La protección jurídica del ciudadano: (procedimiento administrativo y garantía jurisdiccional): estudios en homenaje al profesor Jesús González Pérez*, p. 2229-2231, trata esta noción y su potencial para proteger nuevas situaciones, pero con un alcance distinto al que aquí se propone. Expresa en este sentido que: “Este enfoque demanda un replanteo de la conceptualización de los intereses protegibles en el amparo, particularmente del interés difuso o colectivo, el cual implica la concurrencia de dos elementos diferenciados –como certeramente apunta Greco– a saber: un elemento subjetivo, que indica la pertenencia de una pluralidad indeterminada de sujetos que pueden, inclusive, todos los integrantes de la comunidad, y un dato normativo, que es el que atribuye juridicidad al demandante. De lo contrario estaríamos frente a meros intereses simples, protegido por mecanismo bastante limitados (ej. denuncia y derecho de petición)”.

14 JUAN CARLOS CASSAGNE, en la “Legitimación...”, op. cit., aludiendo a la conexión entre situación jurídica del actor y la pretensión procesal, dice que: “Sin embargo, esa conexión se quiebra en la medida en que los ordenamientos procesales admitan la procedencia de las llamadas acciones populares que, en rigor, vienen a sustituir el tradicional sistema de la justicia subjetiva por otro, de raíz eminentemente objetiva, donde lo que interesa, fundamentalmente, es la protección de los derechos sociales y, en particular, de los derechos colectivos, sin exigirse que quien promueva el proceso posea algún grado de interés personal o colectivo, en cuanto al fondo de la pretensión” (ps. 2226-2227).

del Derecho argentino a ese espacio de protección jurisdiccional tratando, en particular, de la legitimación de los ciudadanos en los juicios de amparo. Creo que habré de proponer un planteo trascendental e innovador.

II. LA LEGITIMACIÓN CONCEBIDA A PARTIR DEL CIUDADANO. REFORMULACIÓN DE LA NOCIÓN DE AFECTADO. EL “INTERÉS PÚBLICO CUALIFICADO” Y LA LEGITIMACIÓN PARA INICIAR UNA ACCIÓN DE AMPARO

II.1. El enfoque propuesto

La legitimación es la aptitud de ser parte en un proceso concreto y presupone que quien la invoca se encuentre en determinada relación con la pretensión procesal¹⁵ que se deriva del problema de fondo que se pretenda discutir en el proceso.

El tema de la legitimación ha sido ampliamente debatido por la doctrina administrativista. La situación tradicional para analizar el tema de la aptitud legal para estar en un procedimiento administrativo, en un proceso contencioso administrativo o en un proceso de amparo es la del administrado que se enfrenta, generalmente en el marco de una relación jurídica previa¹⁶, a un acto administrativo o una omisión administrativa que lo afecta de un modo tal que lo coloca frente a la necesidad de ejercer su poder reaccional. Son supuestos donde la relación del particular con la pretensión no ofrece mayores dificultades. Así, ya sea, por ejemplo, durante la ejecución de un contrato administrativo o en el marco de una relación de especial sujeción, el administrado puede enfrentarse a un comportamiento administrativo que desea impugnar. El ordenamiento le permite hacerlo.

Pero no es mi intención referirme a las cuestiones en torno a la legitimación que allí se plantean, donde la relación del particular con la pretensión es clara. La experiencia indica que en ese tipo de supuestos son pocos los casos en los que el administrado tiene problemas con la legitimación¹⁷.

Me quiero referir, más bien, a la situación en la que se encuentra un ciudadano que partiendo de la decisión de tomar un rol cívico activo, desea controvertir por la vía procesal del juicio de amparo, actos administrativos manifiestamente arbitrarios o ilegales¹⁸. El ciudadano puede, incluso, bregar por la emisión de un

15 En este sentido, CASSAGNE, en la “Legitimación...”, op. cit., p. 2226.

16 GARRIDO FALLA, FERNANDO, en *Tratado de Derecho Administrativo*, 11a ed., Tecnos, Madrid, 1989, p. 348, alude a la relación jurídica entendida como aquella que se da entre dos sujetos de Derecho cuando la situación de poder en que se encuentra uno de ellos se corresponde necesariamente con una situación actualizada de deber de otro.

17 Basta revisar, para comprobar este aserto, los repertorios de la jurisprudencia especializada para advertir que son muy pocos los casos de precedente jurisprudenciales que rechacen pretensiones procesales en ese tipo de relaciones jurídicas por falta de legitimación.

18 No son muchos los que se arriesgan a las consecuencias que puede deparar un pleito contra el Estado.

determinado tipo de acto frente a una omisión¹⁹, también manifiestamente ilegal o arbitraria, de la Administración o del órgano legislativo. Su relación con lo que el objeto del comportamiento administrativo no es, a primera vista, personal y directa en el sentido tradicional de estos términos²⁰. Pero el ciudadano estima –y esto es fundamental en mi propuesta– que el comportamiento administrativo sea manifiestamente ilegal o arbitrario²¹, y que su vigencia lo “perjudique” por estar afectado el interés público²² en forma coincidente con la presencia de una clara ilegalidad.

He aquí la revolución jurídica: la defensa del interés público está, en ciertos supuestos, en cabeza de todos. Ese ciudadano podrá invocar, si es del caso, que no hay interesados directos que puedan velar por la vigencia del principio

19 El tema ha sido recientemente tratado por PABLO E. PERRINO en su trabajo “La inactividad administrativa y el control judicial en la Argentina” publicado en la obra colectiva *El procedimiento administrativo y el control judicial de la Administración Pública*, editada con motivo de las VI Jornadas Hispano-Argentinas de Derecho Administrativo en Homenaje al Profesor LAUREANO LÓPEZ RODÓ, Instituto de la Administración Pública, Colección Informes y Documentos, Serie Administración General, Madrid, 2001, p. 71 y ss.

20 Dice ALEJANDRO NIETO refiriéndose a la concepción tradicional: “En sustancia, lo que nuestro ordenamiento protege son los intereses ‘personales y directos’, es decir, los individuales marginando así los intereses colectivos, o sea, los que el ciudadano tiene en cuanto miembro de la comunidad. Con lo que resulta que el comerciante –según reitera la jurisprudencia– es titular de un interés legítimo con referencia a las obras de la calle, pero no así el ciudadano, que ha de contemplar indefenso cómo su paseo se convierte en autovía y su parque en aparcamiento” (en “La discutible supervivencia del interés directo”, *Revista de Derecho Administrativo*, N° 12, p. 42).

21 El principio de legalidad es receptado principalmente en el artículo 19 y 28 de la Constitución Nacional (LINARES, JUAN FRANCISCO, *Derecho Administrativo*, Astrea, Buenos Aires, 1986, p. 138) encuentra fundamento en la vigencia misma del Estado de Derecho y, como garantía, puede considerarse encuadrado en el artículo 33 de la Constitución en cuanto dispone “las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución, no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados; pero que surgen del principio de soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno”. CASSAGNE, JUAN CARLOS, en la “Legitimación...”, op. cit., p. 2227-2228, analiza esta cláusula (artículo 33 CN) en relación a los derechos que pueden ser materia de protección por la vía del amparo.

22 En este sentido, ALEJANDRO NIETO en “La discutible supervivencia...”, op. cit, p. 43, al hablar de ampliar la legitimación a otros intereses expresa que “... es muy fácil encontrar una cobertura genérica para todos ellos en el interés público que, valga la redundancia, es el primer interesado en el respeto del derecho objetivo y la conservación del orden jurídico” (p. 43). Ver, también, el interesante trabajo de M. CLAUDIA CAPUTI: “La legitimación de los ciudadanos para accionar judicialmente en defensa de los intereses generales - Una perspectiva del modelo norteamericano y su relación con el argentino”, *El Derecho*, Tomo 185:805. Allí alude a las *citizen suits* o *taxpayers suits* y estudia cómo se ha resuelto en los Estados Unidos de América la compleja situación que se presenta cuando el demandante invoca la calidad de ciudadano o contribuyente para promover la tutela de aquellos “intereses generales” en supuestos en los que resulta discutible la afectación directa y concreta de intereses personales de aquél.

de legalidad. Cualquiera del pueblo tiene legitimación procesal para iniciar un proceso de amparo.

Desde una perspectiva tradicional de las situaciones jurídicas subjetivas, una primera aproximación permitiría afirmar que un ciudadano en las condiciones descriptas sólo tiene lo que se ha dado en llamar interés simple²³, y no un derecho subjetivo o un interés legítimo²⁴. La consecuencia será, desde este punto de vista, que ese ciudadano sólo puede interponer meras denuncias y que no podría ser parte en un procedimiento administrativo, ni tampoco en un proceso contencioso administrativo ordinario ni excepcional como es el proceso de amparo. En determinados ordenamientos y para materias especiales, tales como el urbanismo, se han establecido las denominadas acciones públicas.

Creo, sin embargo, que el expuesto es un razonamiento susceptible de ser matizado y hasta controvertido.

23 Dice LUIS COSCULLUELA MONTANER en su *Manual de Derecho Administrativo* (11a ed., Civitas, Madrid, 2000), refiriéndose al simple interés que: “Esta ausencia de posibilidades de control sobre la acción administrativa cede en determinadas situaciones en los que el ordenamiento jurídico otorga a todos los administrados facultades de intervención abierta en los procedimientos (como el supuesto de los trámites de información pública), o para recurrir los actos administrativos, atribuyendo la denominada acción popular (como en el supuesto de los actos o planes urbanísticos)” (p. 438).

24 Así, HUTCHINSON, TOMÁS, *Ley Nacional de Procedimientos Administrativos. Reglamento de la ley 19.549, Comentado, anotado, y concordado con las normas provinciales*, T. II, Astrea, Buenos Aires, 1988, p. 47 y ss.; para la interpretación del cambio que en este tema trajo la reforma constitucional, ver CASSAGNE, JUAN CARLOS, “De nuevo sobre la legitimación para accionar en el amparo”, *La Ley* 1995-E, p. 469 y ss., quien considera, al comentar, el fallo “Consumidores Libres” de la Sala V de la Cámara del Fuero, que es necesario sumar a la ilegalidad la existencia de un perjuicio. En relación a la doctrina del fallo que comenta CASSAGNE creo oportuno poner de relieve un matiz. En esa causa no se trató el siguiente argumento: la parte actora, como cualquier ciudadano, pudo considerarse con derecho a que exista un ente regulador independiente para las telecomunicaciones. En este sentido, cabe recordar el proceso de la privatización del Sistema Nacional de Aeropuertos durante el cual una diputada nacional –bien pudo hacerlo cualquier ciudadano– logró detenerlo hasta que no se constituyera el ORSNA (Organismo Regulador del Sistema Nacional de Aeropuertos). De haberse tratado este argumento y, además, considerado que esa omisión era constitutiva de un perjuicio, la solución hubiera sido otra. Creo que el perjuicio se presenta por la ruptura del marco jurídico en el que se desenvuelve la prestación del servicio. Estamos todos afectados si el ordenamiento jurídico establece un sistema de control sobre la prestación del servicio que deber ser llevado a cabo por funcionarios independientes y con estabilidad, si por una decisión ilegítima del Poder Ejecutivo esos funcionarios cesan en sus funciones de un modo irregular. Lo que puede resultar opinable, y conspirar contra la utilización de la vía del amparo, es la claridad de los vicios en los elementos del acto administrativo de remoción. Lo lamentable de este caso es lo propios miembros de la Comisión Nacional de las Telecomunicaciones no accionaron contra el decreto por el cual fueron removidos.

II.2. *¿Nos “afecta” la violación al principio de legalidad?*

Frente a la violación del principio de legalidad, los posicionamientos doctrinarios y jurisprudenciales para determinar las posibilidades que existen de acceder a su tutela judicial, sin tener un interés o una relación con la situación jurídica en concreto, son bien distintos. Es por eso que la primera línea de reacción que genera la línea de razonamiento cuyo desarrollo propongo, postula la falta de legitimación de un ciudadano cualquiera toda vez que en nuestro ordenamiento no exista la acción popular, concebida ésta como una acción en la que se desvincula la ilegalidad del perjuicio.

Desde esta perspectiva, se considera que el “perjuicio” opera como el concepto que define la relación con la pretensión que puede discutirse en un determinado pleito.

Así, por ejemplo, la alusión al “afectado”, concepto sobre el que abundaré²⁵, ya está presente en las modernas leyes que regulan la acción de amparo.

Para acercarnos al nuevo horizonte, estimo necesario revisar las nociones de afectación y de perjuicio, reconsiderar la existencia misma del derecho, considerar la posibilidad de cualificar la noción de interés público y, por último, estimar la incidencia de la variable circunstancia de que haya o no interesados personales y directos²⁶ frente al comportamiento administrativo que se pretenda impugnar. Veamos.

II.3. *El interés público y su posible cualificación*

Creo oportuno comenzar por considerar la noción de interés público y su posible cualificación²⁷.

El interés público está íntimamente ligado con la función administrativa²⁸, toda vez que la actividad concreta que realiza la Administración a través de ella

25 La segunda parte del artículo 43, que he marcado en cursiva en la nota anterior, puede generar, por su ubicación, cierta confusión y la ley a dictarse debería aclarar este punto. Mi análisis tendrá en cuenta solo la primera parte ya que considero que esa es la norma general sobre legitimación estando la segunda referida a supuestos especiales que el constituyente ha querido reconocer.

26 Uso aquí la expresión “interesados personales y directos” en su sentido tradicional.

27 Entiendo al interés público como un concepto jurídico indeterminado y la distinción que propongo no altera esa perspectiva. En este sentido, ver FERNANDO SAINZ MORENO, *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, Civitas, Madrid, 1976, quien expresa que la determinación de aquello en qué consiste el interés público “no es solo una cuestión política o filosófica, sino un problema jurídico de la mayor importancia” (p. 313). Y agrega más adelante: “... Así, cada decisión administrativa fundada en lo que conviene o perjudica al interés público es una decisión jurídica, esto es, una decisión cuya validez depende de su concordancia con el ordenamiento jurídico” (p. 315). Este autor no duda en señalar que el control judicial de las decisiones fundadas en el interés público debe ser pleno (p. 327).

28 CASSAGNE, JUAN CARLOS, *Derecho Administrativo*, T. I, 7a ed., Lexis Nexis Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2002, p. 87 y ss.

se dirige primordialmente a satisfacerlo²⁹. Pero, ¿qué es el interés público? Es un concepto jurídico indeterminado³⁰. Para su efectiva determinación propongo ahora considerar que es el interés de todos los integrantes de una comunidad bajo la forma de Estado de que los gobernantes cumplan del modo más eficiente posible con los mandatos que reciben de la comunidad y dirijan, al legislar y administrar, sus mayores esfuerzos a la consecución del bien común y del bienestar de la población. A partir de este concepto podría decirse que como toda la actividad de la Administración conlleva, directa o indirectamente, la necesidad de satisfacer al interés público, ningún comportamiento administrativo deja de tener relación con él³¹.

Dicho lo anterior se hace imprescindible, entonces, aportar criterios que conduzcan a su cualificación³².

Dice ALEJANDRO NIETO que "... lo más urgente es, por una parte, romper el monopolio interpretativo de lo que es interés público, en cuya definición deben participar de alguna manera hábil los ciudadanos y, por otro lado, romper con la idea de que el interés público es independiente de los intereses individuales y colectivos: por así decirlo, el interés público (y los mecanismos montados para su realización) está al servicio de los ciudadanos y no a la inversa..."³³.

Propongo dos criterios para la referida cualificación del interés público. Uno vinculado con la relevancia de la actividad y el otro vinculado con las condiciones del obrar administrativo. Creo que, efectivamente, el grado de relevancia³⁴ del obrar administrativo dentro de las distintas actividades de la Administración,

29 FERNANDO SAINZ MORENO, en *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, Civitas, Madrid, 1976, p. 313, señala, en este sentido, que: "La satisfacción del interés público constituye uno de los fines del Estado y justifica la existencia de la organización administrativa. Apreciar lo que exige conviene o perjudica al interés público, y actuar en consecuencia es la tarea fundamental de la Administración".

30 Nada cabe agregar a todo lo dicho por la doctrina sobre los conceptos jurídicos indeterminados, aunque para considerar la vigencia de éstos como categoría jurídica, destaco que durante los días 20 y 21 de septiembre de 2001, se celebró en Madrid el 7º Congreso Internacional de Metodología Jurídica sobre el tema "La aplicación del derecho por la Administración Pública y la Justicia: problema de los conceptos jurídicos indeterminados", organizado por el Centro de Estudios Administrativos del Instituto Nacional de la Administración Pública.

31 En la sexta edición del Tomo II de su *Curso de Derecho Administrativo* (Civitas, Madrid, 1999) EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA y TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ dicen: "Todas las normas objetivas, y no solo las administrativas, están basadas en el interés general" (p. 48).

32 En *La ponderación de bienes e intereses en el derecho administrativo* (editado por Marcial Pons, Madrid/Barcelona, 2000), analiza JOSÉ M.ª RODRÍGUEZ SANTIAGO el tema del ensanchamiento de los poderes del juez a través de la ponderación ya que gana quien puede decir la última palabra (p. 102).

33 En "La vocación del derecho administrativo en nuestro tiempo", *Revista de la Administración Pública*, Nº 76, enero-abril de 1975, p. 27.

34 Puede confundirse la relevancia de la actividad con el interés público relevante.

nos permite cualificar la noción de interés público. La clave para determinar la existencia de cualificación estará dada, entonces, por la apreciación que en cada caso formule el intérprete de la noción de relevancia. Y, ¿qué es relevante y qué no lo es? Así, parece relevante, por ejemplo, la necesidad de que los dineros públicos se utilicen respetando el principio de legalidad³⁵. También lo es la necesidad de preservar los bienes culturales y urbanísticos, o la necesidad de que se celebre una licitación pública cuando la ley lo exige.

Hay otros supuestos donde la actividad administrativa es menos relevante. En este sentido, por ejemplo, el cumplimiento del horario administrativo de una determinada repartición pública interesa a todos, pero su incumplimiento es menos relevante. Si consideramos, en cambio, la importancia de la vigencia del principio de celeridad en los procedimientos administrativos, veremos que es esta una cuestión de cierta relevancia, mayor incluso que en el ejemplo anterior, pero menos, con toda certeza, de la que tiene la necesidad de que el dinero público se gaste de acuerdo a lo establecido por el ordenamiento jurídico.

Veamos ahora lo referido a las condiciones en las que se ejerce la actividad administrativa como argumento para cualificar la noción de interés público.

Cuando GEORGES VEDEL habla de la noción de legalidad dice que es esta una cualidad de lo que es conforme a la ley y agrega “la legalidad expresa así la conformidad al Derecho y es sinónimo de regularidad jurídica”³⁶. En este sentido, y tomando a la legalidad como una “cualidad”, entiendo que las condiciones en las que se ejerce la función administrativa nos permitirán comprobar si ésta existe y de qué modo. La existencia o no de ilegalidad o arbitrariedad manifiesta y la presencia o no de interesados personales y directos nos ayuda a apreciar cualitativamente el obrar administrativo. Es que el alto grado de visibilidad de los vicios del acto o del comportamiento administrativo coloca al ciudadano y al ordenamiento jurídico en una posición distinta a la que tendría si los vicios no fueran patentes. Por otra parte, la inexistencia de interesados directos deriva en

35 Como en el caso de la publicidad conocida como “Menem lo hizo”, comentado por AGUSTÍN GORDILLO en su *Tratado de Derecho Administrativo*, ver nota 9, donde el dinero público se usó con una finalidad política personal del entonces Presidente de la Nación.

36 GEORGES VEDEL, *Derecho Administrativo*, Aguilar, Madrid, 1980, p. 219; así, cuando se refiere a la noción de interés público, dice: “Finalmente, el interés público no es en esencia algo distinto del interés de las personas o los grupos; resulta de un arbitraje entre los diversos intereses particulares. Este arbitraje se realiza según dos directivas. Unas veces el interés público será el del grupo más numeroso: la expropiación que tiene por objeto permitir el paso de una vía férrea sacrifica el interés del propietario al de los innumerables usuarios de la vía. Otras veces, el interés público se definirá no cuantitativamente, sino cualitativamente: los enfermos indigentes no constituyen el grupo más numeroso de la población, pero el valor de la salud y de la vida humana lo elevan sobre el valor de los intereses pecuniarios del conjunto de los ciudadanos y, debido a ello, existe, a costa de los contribuyentes, una asistencia médica gratuita” (p. 257-258).

una particular situación donde el principio de legalidad puede quedar, si no se establece un remedio, como una “mera admonición moral”³⁷.

Sentado lo anterior, puede afirmarse que cuando la actividad administrativa sea relevante y cuando exista un acto u omisión manifiestamente ilegal o arbitraria, el interés público es susceptible de ser cualificado. En cuanto a la inexistencia de interesados personales y directos, estimo que esta circunstancia opera como un plus para la cualificación del interés público.

II.4. *Trascendencia de la noción “interés público cualificado”*: no se pretende desvincular la ilegalidad del perjuicio

Cabe analizar ahora cuál es la consecuencia teórica y práctica de la proposición precedente.

La consecuencia teórica es que cuando mediante un comportamiento administrativo se afecta al “interés público cualificado” todos estamos “perjudicados”³⁸.

Sin embargo, hoy la mayoría de los ordenamientos jurídicos no otorgan legitimación expresa al ciudadano que se enfrenta a situaciones coincidentes con lo que hemos descrito como un “interés público cualificado”. ¿Qué pasa, entonces, con la vigencia del principio de legalidad³⁹? Es cierto que los derechos se ejercen

37 Tomo la expresión de EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA y TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, T. II, p. 39.

38 Cuando ROGER BONNARD alude al contencioso objetivo relacionado con la ley penal, “Le controle juridictionnel de l’ administration. Étude de droit administratif comparé” (París, Librairie Delagrave, 1934, p. 34 –los párrafos que se reproducen en este artículo fueron traducidos por JUAN PABLO MARTINI–) me hizo pensar en que cuando el legislador penal distingue los delitos de acción pública de los delitos de acción privada, lo hace sobre la base de considerar que hay supuestos cuyo tratamiento jurisdiccional no puede quedar librado al interés de la víctima o sus familiares. Algo parecido sucede en esta materia. Hay comportamientos administrativos que por sus características deben ser susceptibles de controversia por cualquiera del pueblo.

39 Al analizar los derechos subjetivos y la legalidad de la Administración, EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA y TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ en el *Curso de Derecho Administrativo* (Civitas, Madrid, 1999, T. II, ps. 38-39), sostienen: “Normalmente el Derecho Administrativo alimenta sus normas de una valoración de los intereses colectivos, sin atender de una manera expresa a la articulación de los mismos con los intereses privados. Todo el Derecho de la organización, por ejemplo, está en este caso y, en general, las atribuciones de potestades que se configuran como verdaderas potestades públicas o de superioridad (por ejemplo, la legislación de obras públicas, la de orden público, la de selección de funcionarios, las potestades de ordenación económica o urbanística, etc.). Supuesto lo cual, parece resultar en principio imposible descomponer una norma objetiva de ese tenor en un sistema de derechos intersubjetivos. Nadie, por ejemplo, puede pretender “tener derecho” a que un Ayuntamiento se constituya, o delibere, o adopte acuerdos como la legislación local detalladamente regula (artículos 19 y ss. y 46 y ss. LRL), o que un Plan de urbanismo se integre con todas las determinaciones y documentos que la ley impone. Entonces, tales normas, ¿no podrían ser hechas valer por los ciudadanos? Esta cuestión es trascendental. Se comprende la gravedad de la respuesta negativa: en la práctica ello significaría que tal legalidad, al no poder su aplicación ser exigida por ningún otro sujeto, se reduciría a una simple regla moral para la Administración, que

conforme a las leyes que reglamentan su ejercicio y que, de cara a considerar la posibilidad de este tipo de acciones, nos enfrentamos a unas normas legales que regulan la legitimación procesal que no contemplan específicamente una acción como la descrita, aunque tampoco la prohíben.

Es necesario, por lo tanto, recrear las instituciones del Derecho Procesal Administrativo que tienen que ver con esta cuestión a partir de las nociones de “interés público cualificado” y de “afectación”. De ese modo se rendirá efectivo tributo a la idea de que el pueblo tiene derecho a que sus gobernantes actúen conforme a Derecho⁴⁰. Si la Administración actúa en contra del ordenamiento jurídico de un modo ostensible, dando lugar a palmarias ilegalidades o arbitrariedades, se impone la necesidad de aplicar un correctivo inmediato. Y este debe, a mi modo de ver, poder ser impulsado por cualquier ciudadano pues todos tenemos, en ciertas condiciones, el derecho a la vigencia del principio de legalidad y a su tutela judicial⁴¹.

Frente a la existencia de un “interés público cualificado” tienen poder reaccional para iniciar una acción de amparo tanto los interesados personales y

ella solo sería libre (a lo sumo bajo control político parlamentario, no bajo el control del juez, a quien nadie podrá poner en movimiento) de acatar o violar. El resultado es que, si los ciudadanos no pudiesen imponer a la Administración la observancia de las leyes, éstas carecerían de verdadera eficacia frente a la Administración, serían meras admoniciones morales o de buena conducta deseable, no verdaderas normas vinculantes para ella. La cuestión alcanza una importancia de primera significación en el Derecho público, quizás como muy pocas otras”.

40 Señala ROGER BONNARD en su “Le controle juridictionnel de l’ administration. Étude de droit administratif comparé” (París, Librairie Delagrave, 1934, p. 35) que: “... Es por ello que, en una teoría material de la función jurisdiccional, la noción de derecho subjetivo deba ser objeto de un examen crítico, serio y profundo. Hay que determinar cuidadosamente en qué consiste el derecho subjetivo, qué lo condiciona y en qué puede reconocerse su existencia». Aunque su posición no me convence cuando al hablar de los «derechos públicos subjetivos» dice: «Es así que el derecho público subjetivo del administrado puede o no existir según el carácter que revista la obligación jurídica de la Administración en lo que concierne la finalidad en vista de la cual ella fue establecida. No habrá entonces derecho subjetivo si la obligación de la administración no ha sido establecida sino en vistas del interés general. El derecho subjetivo existirá solo si la obligación administrativa ha sido establecida en vista de ciertos intereses particulares. Esto resulta fácilmente explicable. En efecto, para la satisfacción de intereses generales, nadie se encuentra calificado para pretender esta satisfacción y para exigir la ejecución de la obligación, dado que se trata de intereses anónimos, es decir, de individuos a quienes no se conoce, y a quienes no se quiere conocer individualmente. Al contrario, en caso de tratarse de intereses particulares, y siendo que estos intereses de individuos que son o que pueden ser determinados individualmente, un individuo puede considerarse calificado para exigir la satisfacción de su interés» (p. 63).

41 EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA y TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ sostienen que “... donde está el derecho subjetivo no es en la violación abstracta de la norma (no hay, en este sentido, un derecho a la legalidad, contra lo que han pretendido BONNARD y otros, observación donde concluye sus efectos la observación que criticamos), sino en la acción que se otorga para eliminar el acto que, habiendo violado la norma, causa un perjuicio personal al ciudadano, y es evidente que esa acción

directos como cualquiera del pueblo que concurre con éstos. De este modo, se pretende controvertir la “desvinculación” que se le atribuye al ciudadano al que tradicionalmente se lo califica como portador de un interés simple, con relación al objeto de un acto que reputa ilegal o arbitrario. El particular que se enfrenta a la violación de un “interés público cualificado”, deja de ser el portador de un interés simple para transformarse en el titular de un derecho subjetivo cuya tutela podrá reclamar judicialmente por la vía del amparo en tanto se den las demás circunstancias habilitantes para el ejercicio de esta vía excepcional. La relación de ese acto administrativo con la esfera vital del ciudadano pasa a ser personal y directa^{42 43}.

II.5. *La propuesta en la práctica*

Veamos cómo funciona esta propuesta con un ejemplo. Supongamos que una determinada Administración convoca a una licitación pública para la provisión de equipos informáticos para un determinado ministerio. En la etapa de selección del contratista se dará la típica situación que permite diferenciar las situaciones jurídicas subjetivas. Así, el adjudicatario tiene un derecho subjetivo a la celebración del contrato. Los oferentes que no fueron seleccionados tienen un interés legítimo frente a la necesidad de impugnar la adjudicación. Finalmente, cualquier ciudadano tiene un interés simple en relación con el cumplimiento de la legalidad del acto licitatorio y en particular del acto de adjudicación. La situación del ciudadano aludido en último término, el que tiene un interés simple, es parecida, a simple vista, a la del ciudadano que decide enfrentar el comportamiento ilegal porque lo considera contrario al interés público. Pero hay una diferencia desde la perspectiva del poder reaccional. En efecto, el ordenamiento jurídico tiene especialmente diseñado un esquema para que el participante en una licitación resulte protegido de las posibles ilegalidades que puedan tener lugar en el marco del proceso licitatorio. Si un oferente resulta irregularmente excluido del proceso –por ejemplo, a través de un acto manifiestamente ilegal– usará los medios que el ordenamiento le brinda⁴⁴. Ahora bien, si el interesado decide no seguir adelante

se otorga en interés del ciudadano, que en tal sentido y sólo en el mismo, la ejercita” (“Curso...”, op. cit., T. II, p. 48).

42 Ver, en este sentido, la perspectiva que aporta M. CLAUDIA CAPUTI en “La legitimación...”, op. cit., cuando trata los precedentes de la jurisprudencia americana donde se analiza, caso por caso, el vínculo de los actores con la situación litigiosa.

43 Esta concepción que dejo expuesta se asocia con el reconocimiento de los denominados de “tercera generación”, en este sentido ver: EDUARDO PABLO JIMÉNEZ en “El alcance de la legitimación para interponer acción de amparo en calidad de ciudadano de la república” publicado en el *Suplemento de Derecho Constitucional* de La Ley de fecha 28 de mayo de 1999, ahora en La Ley, Tomo 1999-C, p. 254 y ss.

44 Podrá formular impugnaciones y/o presentar recursos contando, de ser necesario, con la posibilidad de iniciar medidas cautelares autónomas o hasta un proceso contencioso administrativo.

con los planteos impugnatorios⁴⁵, se produce una curiosa situación. ¿Podría un ciudadano ajeno a la relación jurídica considerarse interesado en controvertir el acto administrativo de que se trate? Pienso que sí porque hay un “interés público cualificado” dado por la presencia de materia relevante y por la simultánea presencia de una ilegalidad o arbitrariedad manifiesta⁴⁶.

Ahora bien, hay muchos casos en los que no existen interesados directos para los cuales el ordenamiento no tiene previsto un sistema reaccional. Quizás, y sólo para algunos casos, podría decirse que esa situación se corrige con la intervención de los defensores del pueblo⁴⁷. Pero la realidad muestra que existe una buena cantidad de actos administrativos que no son controlados por nadie, ni siquiera por los organismos de control típicos que funcionan dentro de las administraciones. Es ésta una situación que es necesario corregir.

La materia urbanística nos puede servir para profundizar esta reflexión. Y en concreto lo que en Argentina denominamos las “ordenanzas de excepción”. Esto es, las que establecen excepciones a los planes urbanísticos sin razones técnicas para su otorgamiento. Son las que permiten, por ejemplo, llevar adelante la construcción de una torre de edificios en un predio cuyas normas urbanísticas

En el artículo “El concepto ‘oferta más conveniente’ en el procedimiento licitatorio público (La doctrina de los conceptos jurídicos indeterminados y el control judicial)”, publicado en *La Ley*, 1988-D, p. 744 y ss., traté los diferentes esquemas de impugnación administrativa y judicial que pueden darse en un procedimiento licitatorio.

45 Desde un punto de vista teórico es posible admitir la posibilidad de que la conducta del segregado que no decide continuar con la vía impugnatoria no tenga que ver necesariamente con su consideración respecto de la legalidad o ilegalidad del acto.

46 Si en lugar de ser manifiestamente ilegal el acto careciera de vicios evidentes, parecería razonable pensar que ningún ciudadano se vería suficientemente motivado para impugnar el acto.

47 En el ámbito nacional éste no siempre interviene.

no lo permiten. En España esa situación está prevista y cualquier ciudadano tiene acción judicial^{48 49}. Creo que las ordenanzas de excepción son ilegales⁵⁰.

Pero, en cualquier caso, el ejemplo propuesto permite visualizar que cualquier vecino, incluso cualquier habitante de esa ciudad, podría accionar contra una ordenanza de esas características. Se trata de un caso donde hay ilegalidad manifiesta y hay, además, una materia relevante. Por lo tanto existe un “interés público cualificado”. Así, si se observa la relación de inmediatez que la norma

48 Dice el artículo 304 de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, vigente por imperio de la Disposición Derogatoria Única de la Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre Régimen del Suelo y Valoraciones que: “Será pública la acción para exigir ante los Órganos administrativos y los Tribunales Contencioso Administrativos la observancia de la legislación urbanística y de los Planes, Programas, Proyectos, Normas y Ordenanzas. 2. Si dicha acción está motivada por la ejecución de obras que se consideren ilegales, podrá ejercitarse durante la ejecución de la mismas y hasta el transcurso de los plazos establecidos para la adopción de las medidas de protección de la legalidad urbanística”. Son innumerables los comentarios a esta institución. Cito algunos: JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ, “Comentarios a la Ley del Suelo (Texto Refundido de 1992)”, T. III, 6a ed., Civitas, Madrid, 1993, p. 2387 y ss. Ver, también, LUIS COSCULLUELA MONTANER, “Acción pública en materia urbanística”, publicado en la *Revista de la Administración Pública*, N° 71 (mayo, agosto de 1973), p. 9 y ss.

49 Recuerdo cuando JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ criticaba, en una conferencia que pronunciaba en La Plata, Argentina, las actitudes especulativas y hasta extorsivas de ciertos accionantes. En España ocurre con frecuencia que el ciudadano que promueve la acción pública lo hace con fines especulativos. JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ trata el tema en “Comentarios a la Ley del Suelo (Texto Refundido de 1992)”, T. III, 6a ed., Civitas, Madrid, 1993, p. 2389, nota 4. Creo, en todo caso, que la acción no debería caer por el desistimiento del actor. Ahora bien, en lo que al tema que nos ocupa se refiere, me parece que el legislador español tiene una deuda pendiente con la sociedad en esta materia ya que solo ha considerado que la materia urbanística justifica el ejercicio de la acción pública. ¿Por qué reguló esta acción? Porque consideró que con ese remedio procesal se procura preservar unos valores que interesan a todos. El legislador español consideró que cuando se viola la legalidad urbanística todos están “afectados”, aunque no lo expresó de este modo. Dice JUAN ALFONSO SANTAMARÍA PASTOR en “Principios de Derecho Administrativo”, Vol. II, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1999, cuando explica porque la ley ha reconocido la acción popular: “..., por entender que el interés público implicado en tales actos es tan intenso que llega a afectar a todos y cada uno de los miembros de la comunidad...”; este autor pone de relieve que también existen acciones públicas en materia patrimonio histórico, de costas y en la protección del ambiente atmosférico. Por mi parte, creo que los ciudadanos también están “afectados”, por ejemplo, cuando la Administración gasta dinero público apartándose del ordenamiento jurídico. ¿Qué diferencia hay entre el deterioro ilegal del patrimonio urbanístico y el menoscabo ilegal de los fondos públicos? Para mí ninguna sustancial. Es verdad que a los gobiernos no les interesa tener a los ciudadanos vigilándolos de un modo efectivo y por ello es difícil que propicien la creación de remedios jurídicos que terminen “entorpeciendo” su gestión.

50 En su comentario al caso “Promenade” (“El caso ‘Promenade’ y la llamada inderogabilidad singular de reglamentos en un controvertido fallo”, ps. 377-409, publicado en la *Revista de Derecho Administrativo*, N° 2, Depalma, Buenos Aires, 1989, ALBERTO BIANCHI desarrolla el tema de la posibilidad de asimilar la ordenanza municipal a la ley y, por lo tanto, considerar que a través de ella pueden establecerse privilegios y arriba a la conclusión negativa.

tiene con una situación que el Estado decide proteger, veremos que la aprobación de una ordenanza de excepción produce un daño inmediato: el entorno urbanístico se verá irremediablemente deteriorado si se lleva adelante la construcción ilegal. Hay un derecho de todos los vecinos y habitantes de la ciudad de que las normas urbanísticas sean cumplidas. Los vecinos están más intensamente afectados o perjudicados por la cercanía con el predio donde se hará la obra. Pero unos y otros pueden actuar.

En definitiva, de lo que se trata es de una reformulación de las nociones de afectación y perjuicio. De considerar que el perjuicio sólo puede producirse en el marco de una relación particular, pasamos a considerar que éste se produce por la violación del “interés público cualificado”.

Pero puede ocurrir que la materia administrativa no sea relevante y existe ilegalidad o arbitrariedad manifiesta. En este caso no hay “interés público cualificado” y en consecuencia deben ser los interesados personales y directos⁵¹, si los hubiere, los que pueden ejercer el poder reaccional. Y si no los hubiere será necesario examinar la procedencia de una acción ordinaria.

La defensa del “interés público no cualificado” será ejercida por los titulares de los derechos subjetivos, intereses legítimos o intereses simples con el alcance, en cuanto al poder reaccional, que tradicionalmente se atribuye a quienes están en esas situaciones jurídicas. En este caso, puede considerarse que el ordenamiento jurídico decide tutelar a los interesados a través de los remedios tradicionales; y ello para garantizar los derechos subjetivos e intereses legítimos de los interesados en la relación jurídica.

En cuanto al efecto de las sentencias que se dicten en los procesos de amparo iniciados sobre las bases propuestas y que se refieran a actos de alcance general, soy de opinión que el mismo será erga omnes⁵².

II.6. *Análisis de los posibles óbices a esta postura*

Cabe formular, finalmente, algunas reflexiones sobre los óbices que se pueden oponer al reconocimiento de esta línea de interpretación.

Así, se podría pensar que si se acepta este alcance de la legitimación de los ciudadanos, podría generarse una avalancha de juicios⁵³ y saturar de ese modo

51 Insisto en que me refiero a la acepción tradicional de la expresión interesado “personal y directo”.

52 CASSAGNE, JUAN CARLOS, *Cuestiones de Derecho Administrativo*, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1987, p. 245 y ss.; GORDILLO, AGUSTÍN, *Tratado de Derecho Administrativo*, 4a ed., Buenos Aires, 2000, p. III-32. Recientemente ha tratado el tema con gran amplitud FERNANDO R. GARCÍA PULLÉS en “Los efectos de la sentencia anulatoria de un acto de alcance general. Algunas perspectivas procesales, constitucionales y de derecho administrativo”, publicado en la *Revista de Derecho Administrativo*, N° 33/35 (enero-diciembre de 2000), Depalma, Buenos Aires, 2000, p. 163 y ss.

53 Preocupación que ya en su momento tuvo la Corte Suprema de los Estados Unidos de

el servicio de justicia. Esos ciudadanos atacarían, bajo esta hipótesis, actos o comportamientos administrativos vinculados con la actividad de administración y gobierno⁵⁴.

En primer lugar, la sola observancia de los precedentes jurisprudenciales muestra que existen muy pocos los casos en que los ciudadanos deciden cuestionar comportamientos administrativos basados en esta concepción de la legitimación a partir de la presencia de circunstancias que en este trabajo se han reunido bajo la idea de “interés público cualificado”. Estas preocupaciones, además de ser infundadas, no llegan a la categoría de argumento y por ello no es necesario rebatirlas. Me limito a señalar lo que ha ocurrido en los últimos cinco años: no se ha iniciado un número significativo de causas de las características analizadas⁵⁵. Por lo demás, la temida cuestión de la invasión de amparos que tengan por objeto cuestionar actos administrativos que deciden cuestiones con repercusión en grandes sectores de la población⁵⁶ no debería serlo por varias razones. La primera es que en una buena parte de los casos lo resuelto en los actos administrativos en cuestión son cuestiones complejas que no pueden ser debatidas en un amparo por requerir de mayor debate y prueba⁵⁷. Por lo demás, el juez puede tener tres

América tal como lo señala M. CLAUDIA CAPUTI en “La legitimación...”, op. cit., p. 814. También este argumento fue considerado por ALEJANDRO NIETO en “La discutible supervivencia...”, op. cit., p. 39 y ss. y dice: “... legitimado o no, nadie pleitea por el simple gusta de gastar tiempo y dinero en abogados y procuradores”.

54 En esta última línea, por ejemplo, podría pensarse que se incrementaría el cuestionamiento de actos vinculados con las tarifas de los servicios (puede recordarse en este sentido lo que ocurrió con el cuestionamiento del rebalanceo tarifario en materia de telecomunicaciones) o con la renegociación de los contratos de concesión de servicios públicos.

55 LUIS COSCULLUELA MONTANER, en la “Acción pública en materia urbanística”, publicado en la *Revista de la Administración Pública* Nº 71 (mayo, agosto de 1973), p. 15, al tratar el tema de la acción popular en el Derecho Administrativo y lo atinente al argumento del riesgo de proliferación de causas, dice: “... es éste un argumento asimismo desmentido por la doctrina favorable al reconocimiento de la acción popular, nada menos que sobre la base de la constatación empírica de que, en los supuestos en que la acción popular se ha admitido, su ejercicio nunca ha sido pródigo. Ello hasta el punto que C. MARTÍN-RETORTILLO escribía en 1935 alertando a la opinión pública sobre la existencia en las leyes de tal tipo de acción: ‘Es realmente una lástima –decía– el que no se utilice con la frecuencia debida este instrumento, esta garantía ciudadana que nuestro régimen jurídico brinda para lograr que puedan ser corregidos y anulados los actos y acuerdos contrarios a la Ley... es de desear que se utilice en la práctica para que no se convierta en una momia esta garantía, este remedio procesal, que somete a revisión una actuación ilegal’” (y cita la obra: C. MARTÍN-RETORTILLO: “Notas sobre el procedimiento contencioso-administrativo”, Huesca, 1933, p. 68).

56 Por ejemplo los que resuelven sobre las tarifas de los servicios públicos.

57 Según surge de la doctrina establecida en el Caso Prodelco, fallado por la Corte Suprema de Justicia el 7 de mayo de 1998. En el caso “Provincia de Entre Ríos y otro c. Secretaría de Energía” la Corte Suprema de Justicia, en fallo del 11 de julio de 2000, consideró que la complejidad de la cuestión tarifaria de los servicios públicos, procedimiento a seguir y variables a considerar para la fijación del precio, descartan la posibilidad de dilucidar en el marco del amparo si una

momentos para resolver acerca de la procedencia de la acción. El primero al inicio del proceso, en el previsto en el artículo 3 de la Ley 16.986 al hacer el primer análisis sobre la admisibilidad⁵⁸. También al inicio tiene oportunidad de hacer otro examen si el amparista plantea una medida cautelar. Finalmente lo hará al dictar la sentencia definitiva. Será, en definitiva, una cuestión casi con seguridad de puro derecho a dilucidarse en un proceso breve sin mayor dispendio jurisdiccional.

No se me escapa, sin embargo, el destacable incremento de las acciones judiciales iniciadas por las asociaciones de consumidores, pero éstas están en una categoría conceptual diferente a la que ahora estamos analizando.

Tampoco debe relacionarse la interpretación que propongo con aquellas que dieron sustento, en el pasado, al cuestionamiento de actos políticos, o al debate de cuestiones no justiciables introducidas por los litigantes, o, finalmente, a la pretensión de discutir la oportunidad, mérito o conveniencia en sede judicial. Y ello porque no es mi pretensión⁵⁹ proponer una nueva concepción sobre el alcance del control judicial de la actividad administrativa. La relación del ciudadano con un “interés público cualificado” es diferente a la que se tiene frente a un acto inoportuno o inconveniente. La oportunidad del acto no puede ser debatida judicialmente, salvo en caso de arbitrariedad, ni siquiera por el titular un derecho subjetivo considerando a este en su acepción tradicional⁶⁰.

Otra cuestión que merece ser analizada es la vinculada con una posible interpretación del artículo 43 de la Constitución Nacional que considere que este tipo de acciones solo puede interponerlas el Defensor del Pueblo. Al respecto he de señalar que, más allá de los alcances de la legitimación del Defensor del Pueblo⁶¹, la norma es suficientemente clara desde su interpretación literal. Toda persona que se encuentre frente a uno de los supuestos previstos en el primer párrafo, puede interponer la acción. La incorporación de la noción de “afectado”

modificación tarifaria es o no lesiva (*Suplemento de Jurisprudencia de Derecho Administrativo de La Ley del 12 de febrero de 2001*, p. 28 y ss.).

58 Dice la norma que “si la acción fuese manifiestamente inadmisibile, el juez la rechazará sin sustanciación, ordenando el archivo de las actuaciones”.

59 Y además no lo necesito a los fines de mi propuesta.

60 Así, por ejemplo, cuando en el marco de una renegociación de un contrato administrativo la Administración decide cambiar o modificar el objeto de las prestaciones del concesionario, lo hace empleando criterios de oportunidad, mérito o conveniencia, pero siempre en el marco de la legalidad que estará dada por la ineludible presencia del interés público como habilitante para el ejercicio de la *potestas variandi*. Así, lo sostuve en “El principio de igualdad en la licitación pública y la potestad modificatoria en los contratos administrativos”, *Revista de Derecho Administrativo*, N° 19/20, Buenos Aires, mayo-diciembre, 1995. Ahora bien, si en ese mismo proceso se aparta de exigencias legales, omitiendo, por ejemplo, la intervención de un organismo que debe necesariamente intervenir, coloca a ese acto en el terreno de la ilegalidad.

61 En cuyo debate no preciso participar para elaborar la propuesta que ahora expongo.

contenida en el segundo párrafo podría hasta resultar innecesaria porque esta noción ya está prevista en el artículo 5 de la Ley 16.986⁶². El constituyente decidió incluir nuevamente la noción de afectado frente a la especie de actos allí contenida⁶³.

III. CONCLUSIONES

Considero que estas reflexiones en torno a la legitimación de los ciudadanos para promover acciones amparo en casos donde se presente el denominado “interés público cualificado” pueden servir para llamar la atención en torno a conceptos cuya revisión puede resultar interesante y a mi modo de ver es muy necesaria.

Afirmo la existencia del derecho a la vigencia del principio de legalidad en las condiciones analizadas en este trabajo y promuevo la reformulación del concepto “afectación” cuando el ciudadano considera conculcado ese derecho.

Desde la perspectiva que dejo expuesta, entonces, el particular que se enfrenta a la violación de un “interés público cualificado”, deja de ser el portador de un “interés simple” para transformarse en el titular de un “derecho subjetivo” cuya tutela podrá reclamar judicialmente por la vía del amparo en tanto se den las demás circunstancias habilitantes para su ejercicio. La relación de ese acto administrativo con la esfera vital del ciudadano pasa a ser personal y directa.

He procurado tratar y responder a los óbices que vengo recogiendo desde las primeras aproximaciones a esta postura con la convicción de que el sano debate es siempre enriquecedor para el Derecho Administrativo.

Ciudadanos, abogados, juristas y jueces tienen la palabra.

62 Dice la norma que “la acción de amparo podrá deducirse por toda persona individual o jurídica, por sí o por apoderado, que se considere afectada conforme a los presupuestos establecidos en el art. 1...”.

63 Podría pensarse que el constituyente quiso diferenciar a los actos identificados en el primer párrafo con los del segundo.

EL CONTROL DE LA ACTIVIDAD ESTATAL

II

Procesos Especiales, Responsabilidad y Otros Supuestos

Dirección

ENRIQUE M. ALONSO REGUEIRA

Prólogo

SERGIO G. FERNÁNDEZ

Autores

ENRIQUE M. ALONSO REGUEIRA - ANDRÉS ASCÁRATE - CARLOS BALBÍN

AGUSTÍN BONAVERI - FABIÁN OMAR CANDA - ARIEL CARDACI MÉNDEZ

PABLO S. CARDUCCI - JUAN CARLOS CASSAGNE - MARÍA ROSA CILURZO

GISELA E. DAMBROSI - ALEJANDRA PATRICIA DÍAZ - SERGIO GUSTAVO FERNÁNDEZ

CARLOS MARÍA FOLCO - DIEGO FREEDMAN - ESTEBAN CARLOS FURNARI

ROBERTO OSCAR FURNARI - BELTRÁN GAMBIER - FERNANDO R. GARCÍA PULLÉS

CARLOS MANUEL GRECCO - ELENA HIGHTON DE NOLASCO - GONZALO KODELIA

AGUSTÍN LÓPEZ CÓPPOLA - PABLO LUIS MANILI - ERNESTO ALBERTO MARCER

LUCIANO MARCHETTI - MACARENA MARRA GIMÉNEZ - SEBASTIÁN JULIO MARTURANO

EDUARDO MERTEHIKIAN - JOSÉ MARÍA MOLTÓ DARNER - MARCOS MORÁN

MARÍA GIMENA OLMOS SONNTAG - MARÍA JOSÉ RODRÍGUEZ

JOSÉ MARÍA RODRÍGUEZ DE SANTIAGO - HORACIO ROSATTI - JUAN CARLOS RUA

LEANDRO G. SALGÁN RUIZ - PATRICIO MARCELO E. SAMMARTINO - LISANDRO SANDOVAL

JUAN ANTONIO STUPENENGO - GUIDO SANTIAGO TAWIL - LEONARDO TOIA

JOSÉ MANUEL UGARTE - PATRICIO ESTEBAN URRESTI - JUAN MARTÍN VOCOS CONESA

GRACIELA CRISTINA WÜST



ASOCIACIÓN
DE DOCENTES

UBA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

1ª Edición: Diciembre de 2016

El Control de la Actividad Estatal II / ENRIQUE M. ALONSO REGUEIRA ... [et.al.] 1a. edición para el profesor - Ciudad Autónoma de Buenos Aires : Asociación de Docentes de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, 2016. 850 p. ; 23x16 cm.

ISBN 978-987-46364-0-9

1. Derecho Administrativo . I. ALONSO REGUEIRA, ENRIQUE M. (Director). FERNÁNDEZ SERGIO G. (Prólogo)
CDD 342

Edición:

© Asociación de Docentes
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
Universidad de Buenos Aires

Prohibida su reproducción total por cualquier medio, sin expresa autorización de la editora. Permitida su reproducción parcial con la indicación expresa y clara de la editora, artículo, autor y página.

Todos los trabajos son de la responsabilidad exclusiva de los autores.

(Las opiniones vertidas en este trabajo son
responsabilidad exclusiva del autor)

ASOCIACIÓN DE DOCENTES
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES
Av. José Figueroa Alcorta 2263
(C1425CKB) Buenos Aires - Argentina